

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

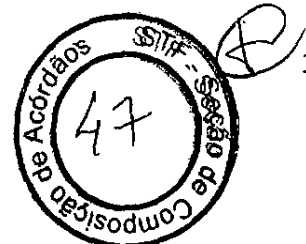
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE): Trata-se de proposta de súmula vinculante encaminhada por esta Corte, conforme decidido no julgamento do HC 81.611, entre outros precedentes (fl. 3), com as seguintes sugestões de enunciado:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo. (Processo Administrativo 327.127)

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incs. I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. (Min. Cezar Peluso)

Publicado o edital para ciência dos interessados em 22 de maio de 2009, manifestaram-se os advogados Rogério Fernando Taffarello (fls. 22-26) e Fábio Vieira de Melo (fls. 66-78).

Os membros da Comissão de Jurisprudência desta Corte pronunciaram-se pela adequação formal da proposta de edição de súmula vinculante (fl. 100).



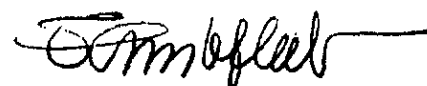
02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

D E B A T E

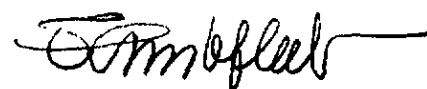
A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - É lamentável que a Procuradora tenha tão pouco tempo para expor, brilhantemente, como está fazendo, Presidente. Peço a Vossa Excelência uma prorrogação.



O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) - É que Sua Excelência está rediscutindo a matéria.

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Não estamos discutindo a jurisprudência, mas a súmula que resume essa jurisprudência.

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - A súmula, a proposta, pelo menos, Ministro Peluso, com a devida vênia, não resume a jurisprudência porque omitiu completamente a questão da prescrição.



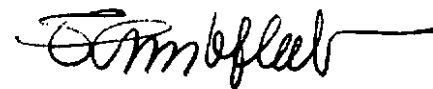
O Senhor Ministro Cezar Peluso - Mas essa é outra matéria.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa - Essa matéria foi discutida no *leading case*.

O Senhor Ministro Cezar Peluso - Sim, mas a súmula nada diz sobre prescrição, ou seja, não se trata de uma súmula que negue ou afirme a prescrição. Essa é uma matéria em aberto, que pode ser rediscutida.

PSV 29 / DF

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) - Ou seja, vai deixar toda a magistratura na dúvida com relação à matéria.



O Senhor Ministro Cezar Peluso - A magistratura não tem dúvida só sobre isso, tem dúvida permanente sobre tudo, questiona tudo.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, com o devido respeito. Além desse aspecto que me parece fundamental, na verdade, a postura da Corte, hoje, não admite processo-crime sem que esteja predefinido o crédito, que é elemento normativo do tipo, que todo tipo penal referido no artigo 1º da Lei se refere a crédito. Se há dúvida sobre a existência do crédito, evidentemente há dúvida sobre a existência de elemento normativo do tipo.

A despeito disso, queria, com o devido respeito, dizer o seguinte: a jurisprudência não tem dúvida sobre essa conclusão. O que há é divergência quanto a fundamentos e, por isso, o caso é de fundamentos concorrentes: temos postura de quem admite condição de procedibilidade, fundamento de quem admite inexistência do elemento normativo do tipo e outros argumentos, ou seja, colhe-se um conjunto de fundamentos, mas isso não é objeto da súmula. Objeto da súmula é a conclusão da Corte de que não há possibilidade de exercício de ação penal antes da apuração da existência certa do crédito tributário.

De modo que, Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência, para insistir, porque doutro modo vamos ter que reabrir toda a discussão e rever a jurisprudência. Pode ser que, diante de caso concreto, a



PSV 29 / DF

Turma ou o Plenário leve em consideração a existência ou inexistência do crédito por outros motivos, mas o que agora interessa sobretudo, a meu ver, é refletir a postura do Tribunal, isto é, a tese de que, sem a apuração definitiva da existência do crédito, não pode haver nenhum desses crimes materiais previstos no artigo 1º da Lei.



02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Estou de acordo com a proposta formulada pelo Ministro **Peluso**, Senhor Presidente.

Penso eu que a Corte, no precedente firmado, que dá ensejo a proposta dessa súmula, muito bem aplicou a intenção do legislador. Aqui, quis o legislador nacional estabelecer uma política de arrecadação sem abrir mão do tipo penal.

Nós temos, para a sonegação e os crimes relativos à arrecadação tributária, os tipos previstos na legislação, mas o cidadão que eventualmente tenha praticado um ato de sonegação tem o direito dado pela lei federal de pagar e quitar esse tributo até o lançamento tributário; evitando, com esse pagamento, que venha a ser processado e punido. É uma política tributária que foi estabelecida pelo Estado brasileiro. Podemos divergir dessa política, mas, como julgadores, nós não podemos refazê-la.

Dessa forma, o entendimento agora externado pelo Ministro **Cezar Peluso** - no sentido de ser necessário o lançamento fazendário, o lançamento fiscal para a finalidade da tipificação do delito previsto na legislação tributária - é consentâneo com uma política tributária em que, inclusive, há várias leis de parcelamento, cito aqui a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que estabeleceu no seu artigo 9º que:

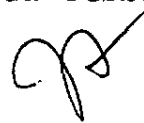
" Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº

PSV 29 / DF

2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento."

É uma política tributária, sem abrir mão do tipo penal. O tipo penal incidirá no momento em que o cidadão contribuinte olvidar do seu pagamento. Podemos concordar ou discordar, mas isto é o que está na lei.

Eu me lembro, com essa discussão, Senhor Presidente, da época do Ministério da Desburocratização. Esteve à frente o Ministro Leitão de Abreu.



A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Hélio Beltrão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Desculpe. **Hélio Beltrão**, muito obrigado Ministra **Cármem**.

Naquela época, uma das atitudes tomadas, salvo engano de memória, pelo Ministério, em conjunto com o Ministério da Fazenda, que também, salvo engano, à frente estava o Ministro Delfim Netto, foi abolir aquela plaquinha que todo mundo tinha que ter no carro, todos os automóveis no Brasil tinham que ter uma plaquinha de que estava em dia com o pagamento do IPVA.

Eu me lembro, não sei se na televisão, no Jornal Nacional, eu vi, não sei se foi o Hélio Beltrão ou se foi o Ministro Delfim Netto dizendo o seguinte: exigir essa plaquinha era a mesma coisa de exigir de cada cidadão, o contribuinte, que andasse com uma plaquinha dizendo que está com o imposto de renda quitado. Todos nós deveríamos, então, andar com uma certidão no nosso bolso, para provar que estamos com nossos impostos em dia, senão nós somos criminosos.

Nesse sentido há uma legislação, essa legislação estabeleceu uma política tributária, e o Estado, ao perseguir



PSV 29 / DF

cidadãos que não têm lançamento tributário firmado pela Fazenda Pública, está vendo crime onde não o há. E está perseguindo cidadãos indistintamente. Acho que é uma ação persecutória indevida e, assim, eu entendo que a súmula está de acordo com a jurisprudência, e a jurisprudência está de acordo com a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira.



02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De acordo, Presidente, com a proposta de súmula na segunda redação porque fica mais claro e de acordo com os precedentes. *f*

. #

02/12/2009

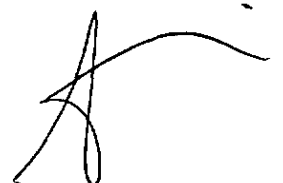
TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu também me ponho de acordo com a proposta do Ministro Cezar Peluso, uma pequena sugestão, do ponto de vista redacional, mas eu gostaria de assentar dois aspectos: em primeiro lugar, penso que essa súmula reflete, realmente, o Estado da questão, hoje, no Supremo Tribunal Federal, de modo fiel. Em segundo lugar, acho que ela reflete não apenas decisões que são tomadas relativamente a temas infraconstitucionais, mas, também, o substrato dessas discussões todas que foram travadas nas Turmas e no Plenário, as quais têm como fundamento o princípio da segurança jurídica.

Depois, eu gostaria de observar, também, que a Lei 11.417/2006 permite, se for o caso, a revogação ou a modificação da súmula. A súmula hoje é aprovada *rebus sic stantibus*, ou seja, se as coisas permanecerem como estão, ela reflete o atual pensamento desta Corte.

Eu me permitiria apenas sugerir uma pequena alteração redacional: ao invés de se dizer, "*não se aplica crime material*", dizer o seguinte: "*não constitui ou não se configura, não tipifica*".



02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Realmente eu fico sob constrangimento muito grande por fazer sugestão em termos de redação. Porque penso que não devo tomar o tempo do Tribunal com isso. Mas essa coisa de "não se tipifica"... Não há crime material contra a ordem tributária antes do lançamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas é exatamente isso, tipificar significa corresponder ao tipo. Se não corresponde ao tipo, não há crime.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Acho que a questão é outra. Não será instaurada ação penal pelo crime tal, antes do lançamento.

No meu voto eu vou abordar essa questão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não há crime, a idéia é a mesma. Não altera nada.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu acompanho a redação, mas acho que é isso que o Ministro Joaquim Barbosa está dizendo. Isso que nós temos decidido.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, com toda vênua, tenho para mim que a proposta de enunciado de súmula vinculante, tal como foi redigida pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, reflete, com absoluta precisão, a série de julgamentos que o Supremo Tribunal Federal tem proferido sobre esse tema. Quando Sua Excelência estabelece que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, antes da constituição definitiva do crédito tributário, está a evidenciar, com o conteúdo ora proposto, a natureza eminentemente constitucional do tema e dos precedentes a ele pertinentes, porque, como aqui salientado, o que está em debate é, exatamente, o postulado constitucional da tipicidade penal.

De outro lado, Senhor Presidente, devo registrar que eu próprio tenho decidido, nesta Corte (RTJ 195/114-115, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), inclusive neste Egrégio Plenário, no sentido ora exposto:

" 'NOTITIA CRIMINIS' - PREMATURA INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PENAL POR CRIME CONTRA A ORDEM



PSV 29 / DF

TRIBUTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO - RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A 'PERSECUTIO CRIMINIS', SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE PELA CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE 'HABEAS CORPUS'.

- Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário ('na debeatúr') e determinado o respectivo valor ('quantum debeatúr'), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal.


- A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes.

- Conseqüente impossibilidade de se ordenar o mero sobrestamento dos atos de investigação, para que se aguarde a ulterior e definitiva constituição do crédito tributário. Não-acolhimento, no ponto, da proposta formulada pelo Ministério Público Federal.

PSV 29 / DF

- Se o Ministério Público, no entanto, **independentemente** da 'representação fiscal para fins penais' a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, **dispuser**, por outros meios, de elementos **que lhe permitam comprovar a definitividade** da constituição do crédito tributário, **poderá**, então, **de modo legítimo**, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos **contra a ordem tributária**.

- **A questão do início** da prescrição penal **nos delitos** contra a ordem tributária. **Precedentes.**"
(Pet 3.593-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Com estas considerações, Senhor Presidente, **peço vênia para acompanhar** a proposta **formulada** pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, **no sentido** de que "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". **E é evidente** que, **não** se tipificando **qualquer** delito material, **não há que se cogitar** da instauração - **por prematura, abusiva e destituída** de justa causa - de **qualquer** persecução penal. 

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência me permite, são só duas observações: acho que o Tribunal, também, não pode perder de vista o caráter - vamos dizer -, de certo modo, extravagante do recurso que o ordenamento jurídico brasileiro faz ao Direito criminal para efeito de lograr arrecadação. O Direito Penal é o último recurso de que as ordens jurídicas se valem para defender valores que não podem ser eficazmente defendidos de outro modo. Não é este o caso de arrecadação de tributos!

PSV 29 / DF

Em segundo lugar, Senhor Presidente, e isso já estava no meu voto, no HC nº 81.611, onde se debateu a matéria, que o artigo 151, III, do Código Tributário Nacional é expresso: "as reclamações e os recursos" administrativos "suspendem a exigibilidade do crédito". Noutras palavras, como é que se pode considerar criminosa atividade de uma suposta imputação de sonegação, quando o próprio Código Tributário Nacional preceirua que esse crédito é ainda inexigível?

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERALVOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu, Senhor Presidente, pedindo vênias aos que divergem do meu entendimento, vou votar contrariamente à aprovação dessa proposta de súmula vinculante, por diversos motivos.

Em primeiro lugar, porque, em princípio, entendo que a matéria penal não é vocacionada à sumulação em caráter vinculante. Com o passar do tempo, e em razão da multifacetariedade intrínseca do fenômeno criminal, haverá, sem dúvida, uma tendência inevitável à obsolescência da súmula e à conseqüente necessidade, para esta Corte, de revogá-la ou de proceder às sucessivas clarificações.

Em segundo lugar, noto que a presente proposta de súmula vinculante é incompleta, pois ela omite um aspecto crucial que foi amplamente discutido, aqui, durante o julgamento do *leading case*, e que consta de inúmeros outros julgados proferidos pelas duas Turmas deste Tribunal sobre a matéria.

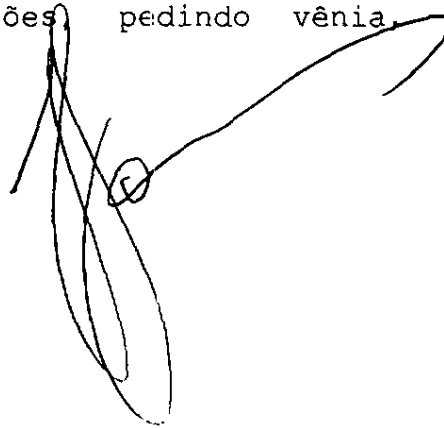
Leio os seguintes trechos do acórdão do HC nº 81.611 e de vários outros, inclusive de minha relatoria, em que há a seguinte complementação "*suspensa, porém, o curso da prescrição*"

PSV 29 / DF

enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo".

A proposta de súmula vinculante não aborda esse último aspecto que consta dos nossos precedentes. Ela se omite, completamente, sobre esse tópico.

Por essas razões, pedindo vênias, voto pela não aprovação da súmula.

A large, stylized handwritten signature or scribble in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, quando da discussão do HC nº 81.611, fiquei vencido na companhia honrosa da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Joaquim Barbosa, que me levaria, em princípio, a votar contra aprovação da súmula.

A Ministra Ellen trouxe à baila exemplos naquele caso de sonegações de grande vulto, de grande expressão financeira.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Pelo que me recordo, Ministro Carlos Britto, aquele caso era um caso absolutamente infeliz para dele extrair-se uma súmula, mais ainda vinculante. Tratava-se de um cidadão que havia construído e comercializado cerca de trinta e seis edifícios de apartamentos, e não havia recolhido um único centavo de imposto de renda na sua empresa, nem na pessoa física.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Foi isso mesmo. Mas, como fomos votos vencidos, passei, a partir daí, a ressaltar o meu ponto de vista e sufragar o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Também, eu.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Claro, todos nós.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Porém, segui meditando, refletindo sobre a tese não interdependência, mas da



PSV 29 / DF

independência dos dois processos: o de natureza administrativa e o de natureza jurisdicional. E o fato é que me debrucei seguidas vezes sobre o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição que diz o seguinte:

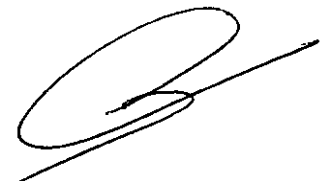
"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Cheguei à conclusão de que, de fato, aqui, a Constituição autonomiza os dois processos.

Assim como no processo judicial nós temos uma sequência de atos chamados de fases, de atos pré-ordenados à produção de uma sentença, de uma decisão final, seja monocrática, seja colegiada, uma decisão final que seja, na linguagem de Pietro Virga, central e conclusiva, uma síntese de tudo, também no processo administrativo a vontade estatal somente se forma mediante a observância desses atos que são verdadeiras fases.

De maneira que o litigante, em processo administrativo, tem o direito de usar de todos os meios e recursos para ver o processo administrativo chegar àquela fase de prolação do ato central e conclusivo, na linguagem de Pietro Virga, exatamente como se dá no processo judicial.

Depois eu procurei na própria Constituição, ainda uma vez, a existência, uma referência que fosse, a um processo administrativo fiscal. Será que a Constituição fala de jurisdição



PSV 29 / DF

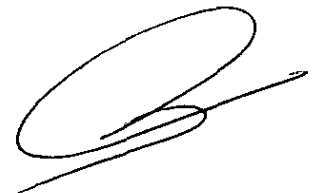
fiscal a exigir, portanto, que, em matéria tributária, o Estado somente produza a sua decisão por modo processualizado? Vale dizer, a formação da vontade decisória do Estado, em matéria tributária, há de observar um processo administrativo em que se assegure ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, sempre na perspectiva da produção desse ato central e conclusivo. E encontrei: no inciso XVIII do artigo 37 a Constituição fala de jurisdição fiscal e administração fazendária, nessa linha da jurisdição fiscal. Usa o substantivo "jurisdição" textualmente, estabelecendo até precedência para os setores fazendários.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Inclusive, Ministro Britto, desculpe-me interrompê-lo, existem os Conselhos de Contribuintes no âmbito da Administração Federal; existem, nos estados os chamado TIT (Tribunal de Impostos e Taxas), que julgam mais valores, inclusive, do que aqueles que são levados ao Poder Judiciário. Existe no Conselho Federal de Contribuintes mais valores em discussão do que no próprio Judiciário Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Lembro-me de que o Ministro Pertence, quando trouxe o seu voto e colocou essa questão, inclusive, da suspensão da prescrição, deu vários exemplos de decisões de conselhos de contribuintes ou desses tribunais administrativos que acabavam por elidir, por completo, qualquer possibilidade de lançamento.



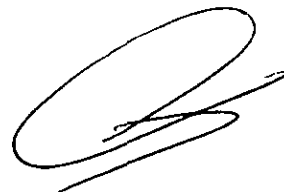
PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, em suma, passei a não mais ressaltar os meus votos, convencido que fiquei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - As discussões levam-me a uma conclusão: a matéria não está pacificada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, para mim, eu fiquei pacificado, no meu entendimento, de que, de fato, sem o lançamento não se pode concluir pela tipicidade penal tributária. Não se pode. Até porque seria um processo jurisdicional atropelar o processo administrativo que ainda está a meio caminho. Ou seja, o administrado contribuinte tem o direito de ver o seu processo administrativo fiscal chegar ao fim. Esse processo não pode ser abortado pelo jurisdicional paralelo. As duas instâncias, a administrativa e a jurisdicional, em matéria fiscal, são realmente apartadas por desígnio constitucional, que fala de jurisdição fiscal no âmbito da administração e a vontade decisória do Estado, no sentido de cobrar tributo de alguém, é necessariamente processualizada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se V. Exa. me permite, lembrando o que eu já havia anotado, Estado não pode cobrar administrativo ou judicialmente na via cível. Como é que ele pode exigi-lo na via criminal, mediante uma pretensão punitiva?



PSV 29 / DF

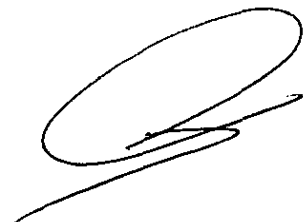
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito.

Então, Sr. Presidente, cheguei à conclusão, enfim, de que não há interdependência, aliás, há independência, há autonomia do processo administrativo e do processo jurisdicional em matéria tributária, não só em matéria tributária, como em outras matérias. Mas, no caso da matéria tributária, me parece que não há interdependência. É preciso deixar que o processo administrativo tributário chegue ao seu término que é um direito do contribuinte levar os meios e recursos de que fala o inciso LVV do art.5º da Constituição às últimas consequências, pena de se transformar uma ampla defesa numa curta defesa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Britto, há quatro Ministros, hoje, na atual composição, que não participaram das discussões. V. Exa. há de se lembrar muito bem de uma acalorada discussão que houve aqui sobre a questão da prescrição.

Lembro-me muito bem de o Ministro Peluso dizer, sustentar que a prescrição nesse caso sequer começa a fluir.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Pois bem, esse aspecto consta dos precedentes. Eu tenho alguns precedentes em que faço constar exatamente isso. Essa é a questão. Se nada dissermos sobre isso, nós estaremos semeando a dúvida aos escalões inferiores da Justiça.



PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ministro Peluso, só quero concluir dizendo o seguinte: claro que a denúncia do Ministério Público há de se louvar no lançamento que foi feito. Mas é preciso que o processo administrativo seja conclusivo, chegue ao fim. Uma vez concluído, ele vai servir de base para a propositura da ação penal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, só para eu dizer que a premissa do raciocínio do eminente Joaquim Barbosa é que a questão da prescrição é duvidosa. Por isso mesmo não é objeto da súmula. O dia que pacificarmos nós aprovamos na súmula.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas a súmula vai lançar dúvida.

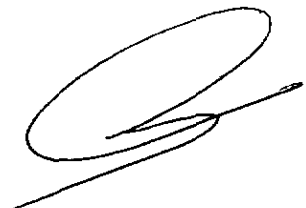
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A dúvida já existe na cabeça de alguns, Ministro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - E mais, o que estou dizendo é que esse aspecto constou do *leading case* e de vários outros precedentes. Eu não vejo razão para omiti-lo da súmula.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas ele pode fazer parte de outra súmula.

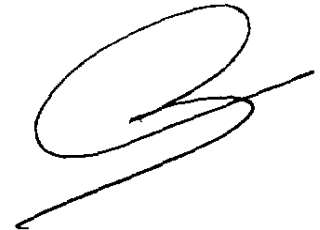
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Podemos fazer uma súmula com a proposta de súmula.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Estão sumulando pela metade.



PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, um processo administrativo tem que findar para o jurisdicional se iniciar. É uma coisa lógica.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'C' followed by a long horizontal stroke.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL**ADITAMENTO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Sr. Presidente, queria só fazer um adendo ao meu voto.

O Ministro **Joaquim Barbosa** fez uma observação sobre a qual estou refletindo desde que o tema entrou em pauta na semana passada, que é a edição de súmula vinculante sobre questão relativa à matéria penal.

Refleti muito sobre isso e, ao estudar essa Proposta de Súmula Vinculante nº 29, verifiquei que ela é favorável ao cidadão. Nesse sentido é que eu concordei em votar e aprovar essa súmula.



O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Quanto a essa observação, veja só o seguinte:

"Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;"

É aí que estamos a dizer.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não há problema nenhum.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E outra, essa matéria seria infraconstitucional, não é nem constitucional.

PSV 29 / DF**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas eu só queria fazer, um pouco fora do ponto em discussão, esse adendo ao meu voto no sentido de que entendo realmente incabível súmula vinculante sobre matéria penal, mas, no momento em que a súmula vinculante é favorável ao cidadão, entendo que é possível de ser sumulada a questão.

Só queria fazer isso para consignar a tranquilidade com a minha consciência.



O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Súmula vinculante não é isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E realmente, sobre matéria infraconstitucional não pode haver súmula.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Se V.Exa. me permitir uma tentativa de síntese, o que se pode dizer é que não há débito tributário, nem penal, sem crédito tributário. E o crédito tributário só se dá quando o lançamento estiver completado. É isso que estamos dizendo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vai ser **dies a quo** da prescrição. E que será o **dies a quo** da prescrição.



O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu acho que,

PSV 29 / DF

quanto a isso, não há dúvida, não há divergência. O que entendo é que a súmula há de refletir a jurisprudência da Corte. E esta proposta de súmula não reflete. É uma proposta incompleta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É que a parte sobre a qual Vossa Excelência gostaria, é uma matéria infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas Ministro, a súmula diz respeito a decisões reiteradas em matéria constitucional.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Permitam-me ler, aqui - há vários precedentes de outros Ministros -, um precedente do saudoso Ministro Menezes Direito, no **Habeas Corpus** nº 94.096:

"EMENTA Habeas corpus. Penal. Crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90). Trancamento da ação penal. Prescrição da pretensão punitiva. Não-ocorrência. Constrangimento ilegal não-configurado. Precedentes. 1. A verificação de eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, considerado o crime imputado ao paciente, esbarra na questão decidida por esta Suprema Corte no HC nº 81.611/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que, enquanto não efetivado o lançamento definitivo do débito tributário, não há justa causa para a ação penal," - quanto a isso creio que não há nenhum problema - "ficando, porém, suspenso o curso do prazo prescricional."

Há outro precedente - o próprio *leading case*, aquele que levou, aqui, várias tardes de debates - que diz a

PSV 29 / DF

mesma coisa e já o citei em meu voto. E há, também, vários outros.

Então, a meu ver, a súmula, a proposta, tal como formulada, é incompleta e trará, sim, problemas nas instâncias inferiores.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, vou me manifestar sobre a Proposta de Enunciado de Súmula Vinculante nº 29.

Quero rememorar que a súmula vinculante foi obtida depois de grandes esforços levados a efeito no sentido de se trazer a este País um mínimo de segurança jurídica. A súmula vinculante, portanto, deve ser usada com economia – já fui até acusada de não gostar de propostas de súmula vinculante, o que é uma enorme injustiça, porque há mais de vinte anos batalho por essa ideia.

No entanto, concordo, sim, com o Ministro Joaquim Barbosa, e agora com a manifestação do Ministro Dias Toffoli, que matéria penal não é a matéria de preferência para que haja sumulação. E nem a súmula pode surgir com a vocação de ser alterada. Se o seu objetivo é justamente a segurança jurídica, ela deve, na medida do possível, ser escrita em mármore para ser permanente, perene, para demonstrar rumos para o futuro. É evidente que até as pedras de mármore caem dos edifícios mais ilustres e que modificam e que se alteram. No entanto, ela não pode partir, ela não pode ter como ponto inicial, uma necessidade de alteração.

Esse tema. – com todas as vênias aos ilustres Colegas que a defendem, e de modo muito especial ao Ministro Cezar Peluso, que é o proponente –, não está – perdoem-me – cristalizado no Tribunal.

O *leading case* e os outros casos trazidos à discussão, no Plenário, são extremamente diversos um do outro, desde o caso virtuoso de Augusto Boal, em que se verificava uma atribiliária atuação administrativa contra um artista, com os seus papéis desorganizados. E o outro, que remomorei a propósito da

PSV 29 / DF

lembrança do Ministro Carlos Britto, em que se tratava de um grande empresário sabidamente sonegador, a toda evidência sonegador de impostos.

E, retomando um pouco aquela indagação que fazia o Ministro Sepúlveda Pertence ao início dessas discussões, se haveria fundamentação ética ou se estaríamos apenas auxiliando a promover cobranças que, pela via administrativa, não eram feitas, aconselharia aos Colegas, com todo o respeito, a meditem um pouco sobre as dimensões da sonegação fiscal neste País. As dimensões da sonegação fiscal neste País são de tal monta que elas seguramente permitiriam o estabelecimento de programas de eliminação da pobreza extrema que ainda sofremos, de melhoria das condições de saúde, de educação, enfim, tudo aquilo que todos nós desejamos para o nosso País poderia ocorrer com muito mais rapidez se houvesse, como deveria haver, métodos eficientes e estruturas eficientes para essa cobrança.

O que eu verifico, Senhor Presidente, é que a matéria – isso ficou parece que claro pelo debate tão prolongado de algo que deveria ser jurisprudência cristalina da Corte –, o tema não está maduro para ser apresentado sob o formato de súmula vinculante. A própria redação, nas duas propostas – parece vaga "não tipifica, não autoriza a proposição de ação penal, não autoriza o início da investigação processual" –, a questão da prescrição evidentemente está ausente, e ela consta dos precedentes.

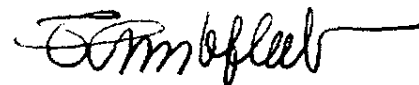


O Senhor Ministro Joaquim Barbosa - Ela consta do principal precedente.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Ela constou sempre dos precedentes. Em todos os casos em que, democraticamente, me curvo à decisão do Plenário, eu tenho feito referência expressa a essa questão da prescrição que é esclarecimento devido, é esclarecimento necessário não apenas às instâncias inferiores, mas a toda a população brasileira, aquela população brasileira que paga impostos, aquela população brasileira que não sonega impostos. Eu vejo que, com estas restrições todas, baseada em dúvidas, não pode construir-se uma súmula vinculante.

PSV 29 / DF

Por isso, eu peço vênias aos Colegas e voto
contrariamente ao enunciado.



02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

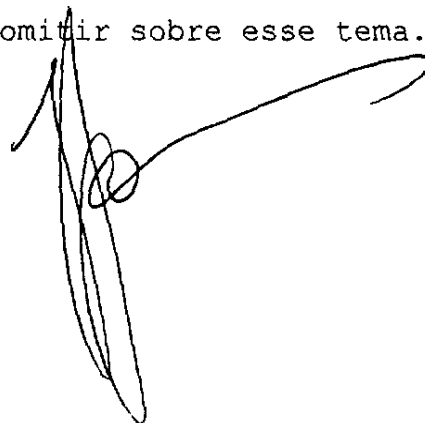
PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu gostaria de complementar, porque eu não consegui ler na primeira intervenção, a parte final do precedente número um dessa matéria, que é o **Habeas Corpus** 81.611. Diz lá no item 3:

"3. No entanto, enquanto dure por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo."

Ou seja, a questão está posta já no primeiro precedente. Esta súmula não pode se omitir sobre esse tema.



02/12/2009

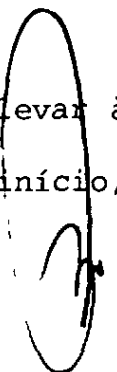
TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, primeiro devemos definir a natureza jurídica do enunciado. Versa Direito Substancial e não Direito Instrumental. Versa tipo e, então, ouço muito falar que os tipos devem ser fechados. A norma não deve estar em branco, passível de ser completada, no tocante à persecução criminal, por ato de vontade que é o de interpretar. Esse enfoque é bilateral, atende não só à defesa, como também à sociedade representada pelo Ministério Público, representada pelo titular da ação penal. E o que se propõe acaba por inserir, nos diversos tipos da Lei nº 8.137/1990, que trata de crimes tributários, exigência que nela não se contém, imprópria, inclusive, quanto a alguns desses crimes - o lançamento.

Não votei essa matéria, Presidente. Jamais votei essa matéria - exigência de lançamento, para ter-se a persecução criminal quanto a crimes mencionados na citada lei. Constou a referência a lançamento num precedente do Ministro Sepúlveda Pertence, porém o que se discutia, no caso, não era o tipo, mas uma condição de procedibilidade quando em jogo sonegação de tributo - e há crimes diversos, quanto à configuração, que podem desaguar, claro, na sonegação. Portanto, não se versava a tipologia.

Disse, há pouco, que as discussões estariam a levar à conclusão de que não devemos aprovar este verbete. E, de início,



PSV 29 / DF

concordo com o Ministro Joaquim Barbosa. Em matéria penal, não se deve ter engessamento. Sabemos que, em outras instâncias do Judiciário, o verbete leva à bateção de carimbo, à generalização dos casos, o que se dirá se o verbete, ainda por cima, for vinculante, tiver contornos normativos, eficácia linear quanto aos cidadãos em geral, à Administração Pública, aos demais órgãos do Judiciário, ao Executivo, apenas não obrigando o Legislativo.

As responsabilidades, Presidente, administrativa, cível, penal, sabemos, isso é lição comezinha, são independentes.

Há mais: se formos à Carta da República, veremos que não remete mais ao legislador o estabelecimento de exceções a obstaculizarem o ingresso imediato no Judiciário. Esgota as situações em que, antes de ingressar no Judiciário, deve o cidadão em geral, o Ministério Público, a parte legítima, a parte que esteja prevista como legitimada para atuar, recorrer à via administrativa. As exceções estão abertas apenas quanto à jurisdição cível do trabalho, presente o conflito coletivo, o dissídio coletivo, e a Justiça dita desportiva, em que, versando o conflito certame ou disciplina, antes de se ingressar em Juízo, se deve esgotar a fase administrativa.

Presidente, não tenho os precedentes mencionados como a versarem tipologia. Tenho os precedentes mencionados como ligados a certa condição de procedibilidade, pendente - e não se cogita aqui da exigibilidade ou não do lançamento, lançamento que não é uma

PSV 29 / DF

figura, como se tem a Lei nº 8.137/90, penal - processo administrativo para elucidar se há débito fiscal ou não. Sim, nesse caso, proclamamos que se deve aguardar a definição do próprio débito tributário.

Presidente, vou me filiar à corrente daqueles que creem que, em se tratando da edição de verbete vinculante, é preciso marchar com a maior segurança possível, sob pena de desacreditarmos até mesmo esse instrumental. E sabemos que, depois de editado um verbete, passa-se, às vezes, à lei do menor esforço, à observância que, em certas situações, mostra-se imprópria.

A Lei nº 8.137/90 - somente para rememorar - não versa apenas o tipo direto da sonegação. Tem-se, no inciso I, por exemplo, ser crime omitir informação.

Indago: exige-se, quanto à persecução criminal, processo administrativo para se definir se está configurado ou não esse tipo?

... ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

Onde está a exigência, como elemento próprio ao tipo, do lançamento? Não há a exigência.



PSV 29 / DF

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

E poderia prosseguir, inclusive mencionando as situações concretas retratadas no artigo 2º.

Presidente, sei que estamos numa fase de pragmatismo maior, de tentar-se chegar a resultado que implique celeridade judiciária, mas somente se avança culturalmente levando-se em conta a segurança jurídica. E verbete com essa natureza, com o efeito de aditar norma penal e exigir elemento que não compõe a configuração de crimes, dos crimes tributários, é passo demasiadamente largo. Repito, uma vez editado o verbete, a tendência será observá-lo para liquidar-se, em poucas linhas, muitos processos em curso.

A sociedade não ganha com isso, e não ganham, principalmente - como ressaltado pela Ministra Ellen Gracie -, aqueles que cumprem, pagando preço módico por viverem em uma democracia, as regras estabelecidas.

Que se aguarde um pouco. Não devemos atuar com tanta rapidez, para não falar em açodamento. Aguarde-se que a matéria se torne pacificada, no âmbito do Supremo, para chegar-se, com absoluta fidelidade aos precedentes, à edição de um verbete.

Peço vênias para votar de forma contrária à aprovação desse verbete.

02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, poderíamos aguardar, então, o retorno da Ministra Cármen Lúcia.


O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A Ministra já votou.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu queria fazer uma proposta. Nós determinaríamos a suspensão do prazo prescricional enquanto o processo administrativo não estivesse ...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nem começou a prescrição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não há como iniciar-se, esse é o pressuposto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quer dizer, nem mesmo o legislador pode criar uma fase administrativa, porquanto as fases administrativas que devem anteceder o ingresso em juízo,



PSV 29 / DF

mitigando a norma do artigo 5º, inciso XXXV, estão previstas, de forma exaustiva, na Carta de 1988, ao contrário do que ocorria na Carta de 1967, que remetia a estipulação de casos ao legislador. Mas o Supremo pode ir além. Sabem por quê? Porque acima dele não há órgão para corrigir as respectivas decisões.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas esta é uma postura mais favorável à administração pública.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Porque não começa o curso da prescrição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É o que mais beneficia a administração.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - O Tribunal está de acordo? O Tribunal tem concordância quanto a isso? Por que não inclui na súmula?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Nenhuma dificuldade.

PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque eu ponderaria, que a súmula é editada com base em reiteradas decisões da Corte em matéria constitucional. E entendo, com todo o respeito, que a prescrição é matéria infraconstitucional.

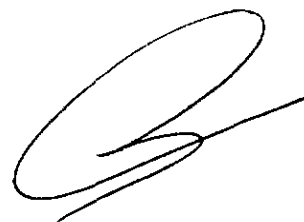
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E essa matéria de prescrição não é.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Quanto a isso também não tenho dúvida, Ministro Gilmar. A súmula vinculante consubstancia uma tese. A tese está clara.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, Carlos Britto, isto é consequência inexorável da tese.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se não há crime ainda, não começa a prescrição. A administração pública pode, depois de definido o lançamento, a todo o tempo desencadear a ação penal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E consequência necessária da tese.



PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O que, para fisco, é muito melhor do que falar em suspensão de prescrição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu me lembro de que, quando essa questão foi aventada, quando julgamos o HC 81.611, a Ministra Ellen suscitava essa questão da prescrição. O Ministro Pertence então lembrou, na parte final exatamente, que essa matéria, embora fosse matéria legal, que aqui faltavam condições objetivas para a configuração do tipo.

Portanto, tratando do tema na perspectiva da legalidade penal. Não se trata, portanto, de outro tema que não um tema puramente constitucional da reserva legal penal. Mas aí ele trouxe então, na parte final, e dizia isto - está na ementa do HC 81.611:

"(...)

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal o crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento (...)"

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Pode reler essa parte, Excelência?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Isso



PSV 29 / DF

foi o primeiro caso. E ele citava uma ADI da qual acabei redator para o acórdão, que era a 1.571, em que se discutia a chamada condição de procedibilidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Procedibilidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É.

Então, ele dizia exatamente isso.

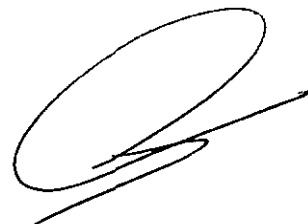
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

"(...)

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo (...)"

Se olharmos - o Ministro Celso já fez referência - o artigo 111, I, do Código Penal. Veja, portanto, que estamos agora no campo da lei.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A prescrição começa a correr do dia da prática do crime.



PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

"Art. 111 - A prescrição, antes de transitada a sentença penal, começa a correr:

I) do dia em que o crime se consumou (...)"

Quer dizer, o que nós estamos dizendo aqui. A não ser que viesse uma modificação da lei, que não está em cogitação, para os fins de alguma repercussão. O que a súmula está dizendo é apenas a caracterização do crime, do tipo penal.

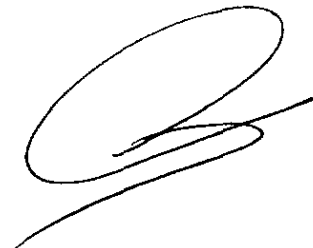
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, não favorecia a impunidade por nenhum modo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pelo contrário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo contrário, favorece a atividade persecutória.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Minha preocupação era essa.



02/12/2009

TRIBUNAL PLENO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Portanto, também me encaminho no sentido da edição da súmula e toco alguns aspectos que foram aqui mencionados.

Primeiro, o tema da não edição da súmula em matéria penal. Isso pode envolver também matéria processual penal. É inteligível esse tipo de posicionamento diante de alguns temas penais que se coloquem, quer dizer, se nós resolvermos fazer um tipo de aplicação como, "É crime", ou, "Configura infração", portanto, em prejuízo do réu ou antecipando um juízo, comprometendo o contraditório, sem dúvida nenhuma, esse tipo de súmula não deve ser editada, porque a rigor nós estamos a fazer já um juízo *a priori*, prévio, de caráter condenatório o que briga com o sistema constitucional liberal que se desenha no texto constitucional.

Mas quando se trata de criar segurança jurídica, vamos falar, por exemplo, em matéria de execução penal, aquela tão discutida questão da progressão de regime. Todos nos lembramos, é um caso exemplar. Primeiro o Tribunal declarou a constitucionalidade da lei dos crimes hediondos. Depois, por seis a cinco, fez a revisão daquela jurisprudência. Mas, quando se tratou de modular os efeitos, houve praticamente unanimidade. E a partir de então todos passaram a aplicar aquela orientação. Não



PSV 29 / DF

houve resistência, tanto é que o Congresso logo aprovou uma lei incorporando a progressividade, agora no sistema como um todo. Mas, se fosse necessário editar uma súmula nesse tema, sem dúvida nenhuma, essa súmula seria de todo recomendável para ajustar com adequação o sistema jurídico e processual penal. Não vejo, portanto, que nós possamos transformar isso em dogma, exatamente porque em muitos casos nós vamos ter essa necessidade de que em matéria penal se faça uma pacificação. Na época, nós chegamos a temer, no caso da progressão de regime, dada a avalanche de casos que permitiam inclusive a revisão, chegamos inclusive a quebrar os paradigmas até então existentes e adotamos uma prática, os senhores não de se lembrar, de uma autorização especial para que os juízes desta Corte, os Ministros, pudessem decidir na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. Passamos, portanto, a entender que as decisões monocráticas eram uma forma de efeito vinculante diante da falta desse efeito vinculante. Então creio que não podemos criar um dogma nesta matéria.

A douta Procuradora falou que aqui não havia matéria constitucional. É um desses temas de transparente questão constitucional. Nós estamos falando de reserva legal estrita, reserva legal penal, o que configura o tipo penal. Portanto não há nenhuma dúvida de que aqui nós estamos a falar estritamente de matéria constitucional.



PSV 29 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, sem o lançamento o tipo penal não se configura. E o fato é que o próprio substantivo lançamento é um instituto de Direito Constitucional, está na Constituição no artigo 146, III, "b". O próprio lançamento, em matéria tributária, é um instituto de Direito Constitucional.

Então, tomar como referência o lançamento, como faz a súmula, é homenagear a Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Lembro-me de que quando esta questão - para encerrar -, foi posta, à época, no julgamento do HC nº 81.611, o Ministro Pertence trouxe esta observação exatamente para resolver a dúvida suscitada pela Ministra Ellen Gracie, mostrando exatamente que, disciplinado o tema na esfera administrativa, aí sim iniciava-se o processo penal, porque ele dizia que era uma condição objetiva do tipo. Portanto, sem esse elemento, não haveria a configuração, tal como está exposto.


O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E o prazo prescricional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E por isso ele disse, de forma tão clara - depois, isso é repetido

PSV 29 / DF

em vários precedentes. Veja este, por exemplo, do Ministro Celso de Mello, Habeas Corpus nº 86.032:

"Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada" - veja, portanto, que Sua Excelência já o link direto entre uma questão e outra - "a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I)."


O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Isso é o que me pacífica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Portanto, essa questão não está em jogo. Também o Ministro Marco Aurélio disse isso de forma clara no voto proferido no HC 81.711. Disse ele:

"Não cabe, aqui, o argumento **ad terrorem** da impunidade, porque não é dado falar em prescrição, se a ação penal ainda não nasceu, por ausente a justa causa para a propositura."

Portanto, parece-me que o tema está bem equacionado na proposta de súmula. Não há nenhuma dúvida, e, se houvesse, esse debate está a esclarecer que a dilação que haverá é em favor do fisco, não contra o fisco.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 29

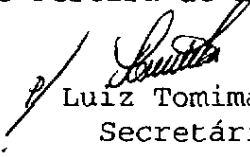
PROCED.: DISTRITO FEDERAL

PROPTÉ.(S): SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 24, nos seguintes termos: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo." Vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo Ministério Público Federal a dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Plenário, 02.12.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra.
Deborah Macedo Duprat Pereira de Brito.


Luiz Tomimatsu
Secretário